

**La Corte di cassazione apre le porte di Palazzo della Consulta
alla recidiva obbligatoria**

(Cass. pen. Sez. V, ord. 10-09-2014, n. 37443)

di **Andrea Longo** - *Ricercatore di diritto costituzionale presso Università di Roma "Sapienza"*

SOMMARIO: *1. La vicenda all'esame della Cassazione - 2. I motivi della decisione - 2.1. I motivi circa la rilevanza: tre problemi interpretativi e alcuni argomenti sistematici - 2.2. I motivi circa la non manifesta infondatezza: il fondamento della recidiva tra ricostruzioni formali e sostanziali - 3. Minime conclusioni interlocutorie: dubbi e aspettative*

1. La vicenda all'esame della Cassazione

Nel dicembre del 2011, la Corte di assise di Napoli aveva dichiarato F. N. colpevole dei reati previsti dagli artt. 600 (*Riduzione o mantenimento in schiavitù*) e 600 bis, comma 1 (*Prostituzione minorile*), c.p., per avere ridotto e successivamente mantenuto in stato di soggezione una minore di nazionalità rumena, approfittando del suo stato di inferiorità psichica e di necessità. In particolare, venne accertato che alla vittima era stata sottratta la carta d'identità, che le veniva impedito di uscire, se non accompagnata, e che non le era stato consentito di far rientro in Romania quando ne aveva fatto richiesta: l'imputato, inoltre, la costringeva a prostituirsi nei luoghi dallo stesso prescelti, indicandole le somme di denaro da chiedere ai clienti e impossessandosi delle stesse (così inducendo *alla* e sfruttando *la* prostituzione della ragazza). La Corte, applicate le circostanze attenuanti generiche, esclusa la pur contestata recidiva e ritenuta la continuazione tra i reati, aveva condannato F.N. alla pena di cinque anni e sei mesi di reclusione.

La decisione era stata parzialmente riformata in appello: la Corte di assise di appello di Napoli, con sentenza del luglio 2013, aveva accolto l'impugnazione del Procuratore generale in ordine all'obbligatorietà della recidiva, risultando l'imputato essere stato in precedenza condannato per il reato di rissa *ex art. 588 c. p.*; ritenute le attenuanti generiche equivalenti alle aggravanti della recidiva e quelle di cui all'art. 602 *ter c. p.*, aveva rideterminato la pena in otto anni e due mesi di reclusione (otto anni per il reato più grave di cui all'art. 600 c.p., aumentata per la continuazione), confermando nel resto la sentenza di primo grado.

L'imputato aveva proposto – insieme ad altro soggetto condannato come concorrente – ricorso per cassazione, deducendo, anzitutto, difetti di motivazione della decisione e falsa applicazione di legge a causa del ritenuto concorso tra i reati contestati, dovendosi dar luogo, invece, secondo la prospettazione difensiva, ad un assorbimento tra le due fattispecie.

Per ciò che attiene il profilo che qui interessa, «il ricorso denuncia l'erroneità della sentenza impugnata, laddove, in parziale accoglimento del ricorso del P.G., ha aumentato la pena irrogata all'imputato F., non essendo condivisibile il giudizio di obbligatorietà di applicazione della recidiva, in quanto il potere di applicazione o meno della stessa deve ritenersi facoltativo; qualora la tesi difensiva non dovesse essere condivisa, *il ricorso eccepisce l'illegittimità costituzionale degli artt. 99 e 69 c.p. e dell'art. 407 c.p.p., comma 2, per contrasto con gli artt. 3, 25, 27 e 111 della Legge fondamentale*»¹.

L'art. 99 c.p., com'è noto, detta la disciplina della recidiva, stabilendo – come regola generale – che possa essere aumentata sino ad un terzo la pena a chi, dopo essere stato condannato per un delitto non colposo, ne commetta un altro (comma 1). In una serie di ipotesi, elencate dal comma 2, la pena può essere aumentata fino alla metà².

Il comma 5 dell'art. citato – derogando alla regola della non obbligatorietà della applicazione – stabilisce che «se si tratta di uno dei delitti indicati all'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, l'aumento della pena per la recidiva è obbligatorio e, nei casi indicati al secondo comma, non può essere inferiore ad un terzo della pena da infliggere per il nuovo delitto». L'art. 407 c.p.p., dedicato ai termini di durata massima delle indagini preliminari, comprende – al secondo comma (dedicato ai casi in cui tale durata è di due anni), lett. a, n. 7 bis – i reati per cui è stato condannato l'imputato nel processo da cui ha avuto origine l'ordinanza che qui si commenta.

La Quinta Sezione Penale, ha ritenuto che – per quanto concerne l'art. 99, comma 5, c.p. in relazione agli artt. 3 e 27 Cost. – la questione fosse rilevante e non manifestamente infondata, e dunque, ha sospeso il processo dinnanzi a sé pendente e sollevato l'incidente di costituzionalità.

2. I motivi della decisione

Come visto nella descrizione del fatto la Cassazione ha deciso di ricevere la censura di illegittimità proposta dalla difesa e sollevare l'eccezione di illegittimità costituzionale di fronte alla Consulta. Di seguito esamineremo i motivi di tale decisione ripercorrendo l'andamento argomentativo seguito dal giudice di legittimità e analizzando le soluzioni attraverso cui esso è giunto a ritenere la questione rilevante e non manifestamente infondata.

¹ Punto 2.3 della parte della decisione che descrive lo «Svolgimento del processo» (corsivi nostri).

² «La pena può essere aumentata fino alla metà:

1) se il nuovo delitto non colposo è della stessa indole;

2) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso nei cinque anni dalla condanna precedente;

3) se il nuovo delitto non colposo è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si sottrae volontariamente all'esecuzione della pena».

Forse in maniera pleonastica, anticipiamo che *l'argomentazione della Cassazione, su i requisiti della rilevanza e della non manifesta infondatezza*, come è ovvio che sia, *traccia due percorsi nettamente distinti dal punto di vista modale e oggettuale*: per ciò che attiene al profilo della *rilevanza*, viene dipanata una riflessione ermeneutica circa il significato da attribuire alla norma oggetto dell'impugnazione; *il piano della riflessione è squisitamente penalistico e gli argomenti utilizzati sono prevalentemente di tipo sistematico*. La questione della *non manifesta infondatezza*, invece, viene affrontata *nella relazione tra il piano costituzionalistico e quello penalistico, riflettendo su quale debba essere considerato il fondamento della recidiva nel nostro sistema giuridico*.

Vediamo meglio.

2.1 I motivi circa la rilevanza: tre problemi interpretativi e alcuni argomenti sistematici

Per ciò che attiene al profilo di rilevanza si può notare che il giudice di legittimità abbia posto in essere un'ampia riflessione ermeneutica al fine di individuare con certezza la connotazione e l'effettivo ambito di vigenza della norma impugnata e, verosimilmente, di scongiurare il pericolo che la Corte costituzionale possa giudicare la questione inammissibile. A questo proposito, è interessante notare come la Corte di cassazione utilizzi, applicati alla rilevanza, alcuni stilemi argomentativi propri dell'interpretazione conforme³ che, però, ad avviso della dottrina, costituisce o declinazione del requisito della non manifesta infondatezza⁴ o, diversamente, un terzo ed ulteriore requisito⁵, sul punto però torneremo tra poco.

Tale sforzo ermeneutico, come anticipato nel titolo del presente paragrafo, si muove su un piano decisamente sistematico e si pone come obiettivo quello di sciogliere tre punti problematici:

- a) la natura effettivamente obbligatoria della recidiva da applicare nel caso concreto;

³ Sull'obbligo per il giudice *a quo* di tentare un'interpretazione conforme a Costituzione (o di dar conto della sua impossibilità) si vedano, tra le tante decisioni della Corte cost., le nn. 2008/2005; 74/2005; 244/2006; 261/2007; 226/2008, 263/2009; 58/2012. Tale orientamento trova il suo punto di partenza nell'affermazione secondo cui «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali, ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» (sent. n. 356/1996). Sul tema la letteratura scientifica è divenuta sconfinata; una visione di insieme della questione è contenuta nel bel lavoro di G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; i problemi ordinamentali evocati da tale pratica sono sottolineati da M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l'interpretazione conforme a...*, in *Federalismi.it*, 2007, spec. 7 s.; chi scrive ha tentato una ricostruzione teorico-dogmatica di tale categoria in A. LONGO, *Spunti di riflessione sul problema teorico dell'interpretazione conforme*, in *Consulta Online*, Studi, 2012.

⁴ Così, ad esempio, G. ZAGBREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 293 s.; sul punto, con particolare nettezza, M. DOGLIANI, *Le norme prodotte dalle sentenze-legge possono essere applicate per analogia dal giudice ordinario?*, in *Rivista AIC*, 1/2012, 1, secondo il quale la giurisprudenza della Consulta che ha imposto al giudice comune l'obbligo di interpretazione conforme ha trasformato il requisito della "non manifesta infondatezza" in "accertata fondatezza".

⁵ In tal senso E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, III ed., Torino, 2011, 110.

- b) l'assunto che a ciascuna forma di recidiva facoltativa corrisponda una simmetrica versione obbligatoria;
- c) la rilevanza, ai fini della configurazione della recidiva, del reato pregresso o di quello successivo.

Per ciò che attiene al punto *sub a)*, viene, esplicitamente e seccamente, rimosso ogni dubbio ermeneutico circa l'obbligatorietà della recidiva *ex art. 99, comma 5 c.p.*; sul punto la Cassazione evoca l'orientamento della Consulta in forza del quale il dettato dell'articolo appena richiamato è «l'unica previsione espressa di obbligatorietà della recidiva»⁶. Orientamento questo seguito ugualmente dalla giurisprudenza di legittimità, tesa a sottolineare la «“contrapposizione” tra le diverse figure di recidiva delineate dai primi quattro commi dell'art. 99 c.p.» (che appunto possiedono natura facoltativa) e quella individuata dal quinto comma (che invece possiede natura indiscutibilmente obbligatoria). La *dimensione testuale di tale contrapposizione* costituisce quel “notorio” limite letterale che, ad avviso della giurisprudenza del giudice delle leggi, pone nel nulla ogni tentativo di interpretare la disposizione in maniera conforme alla Costituzione ed evoca la necessità che la questione venga posta all'attenzione dei giudici di Palazzo della Consulta⁷. Sul punto viene richiamato il *leit motiv* della giurisprudenza costituzionale secondo il quale: «l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale»⁸. Come anticipato, tale ragionamento, anche nei modi nei quali è espresso, tende chiaramente a scongiurare la possibilità di una decisione della Consulta che dichiari la questione inammissibile, evocando il problema dell'interpretazione conforme; tuttavia l'utilizzo di tale argomento appare alquanto eccentrico, essendo richiamato nell'ambito di un ragionamento sulla rilevanza. Chi scrive deve manifestare qualche dubbio sulla congruenza di tale argomentazione; ci pare, infatti, che se volessimo ribaltare il discorso del

⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 192 del 2007.

⁷ Il limite ultimo, che l'interpretazione conforme non dovrebbe oltrepassare, com'è noto, è costituito dalla lettera della legge. In sostanza, laddove l'interpretazione conforme non trascendesse il perimetro semantico della disposizione, essa sarebbe legittima poiché si risolverebbe, effettivamente, in un'attività interpretativa; laddove, invece, tali limiti fossero trascesi, allora essa diverrebbe attività pienamente creativa e, dunque, illegittima. La dottrina è prevalentemente schierata nel senso di riconoscere la legittimità e la fondatezza dell'idea che il testo rappresenti il limite ultimo all'interpretazione conforme, con la notevole eccezione di Franco Modugno, il quale propende per l'inesistenza dell'interpretazione letterale in quanto la stessa attribuzione di un senso letterale ad una disposizione può avvenire soltanto a valle dell'interpretazione; attività questa che inevitabilmente comporta la cognizione e l'utilizzo di elementi che trascendono dalle connessioni (grammaticali, sintattiche e semantiche) endotestuali, ossia interne alla singola disposizione. In tal senso, da ultimo, F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme*, in *Rivista Aic*, 13 s.; sul problema del limite testuale, nell'interpretazione conforme, si rinvia alle acute riflessioni di M. RUOTOLO, *Oltre i confini dell'interpretazione costituzionalmente conforme? A proposito della pronuncia della Cassazione sulla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di violenza sessuale di gruppo*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012; sul tema, ho provato recentemente a svolgere qualche considerazione in A. LONGO, *Alcune riflessioni su tempo, co-testualità ed ermeneutica costituzionale, tra posizioni teoriche e itinerari giurisprudenziali*, in *Giustamm.it*, n. 10/2014.

⁸ Cfr. Corte cost., sentt. n. 232 del 2013 e n. 78 del 2012.

supremo giudice di legittimità e ragionare *a contrario*, ipotizzando che la recidiva *ex art. 99*, comma 5, c.p. possa essere considerata facoltativa, allora tale ipotesi rifluirebbe sul requisito della non manifesta infondatezza piuttosto che su quello della rilevanza.

Anche il punto *sub b)* attiene ad una questione ermeneutica, ossia «se a ciascuna delle forme di recidiva (semplice, monoaggravata, pluriaggravata, reiterata) corrisponda una figura di recidiva obbligatoria». Per superare tale problema, che aveva sollevato alcune incertezze giurisprudenziali, la Cassazione fa leva in primo luogo sulla soluzione posta dalle Sezioni unite, basata *su due argomenti, uno di tipo letterale e l'altro di tipo sistematico*: infatti, sono «*l'incipit della norma⁹ ... e la sua stessa collocazione*» le quali «*rendono evidente che la previsione contenuta nell'art. 99 c.p., comma 5 affianca alle diverse forme di recidiva facoltativa, disciplinate dai primi quattro commi, altrettante forme di recidiva obbligatoria*, sottoposte, di regola, ai medesimi aumenti di pena previsti per le corrispondenti ipotesi di recidiva facoltativa, salvo che per il caso previsto per la recidiva obbligatoria monoaggravata, per la quale l'aumento di pena spazia da un terzo alla metà (art. 99 c.p., commi 2 e 5), mentre la corrispondente ipotesi di recidiva facoltativa prevede un aumento fino alla metà». Pertanto «*la funzione del quinto comma è quella di prefigurare, in rapporto a ciascuna delle forme di recidiva facoltativa in precedenza disciplinate, altrettante ipotesi di recidiva obbligatoria*»¹⁰.

Un ulteriore argomento posto dalla Cassazione, ha natura *sistematica o meglio consequenzialistico-sistematica* (in questo caso viene scelta una interpretazione ragionando *a contrario* sulle conseguenze sistematiche che l'opposta interpretazione avrebbe per il sistema) e si basa sul combinato disposto dell'art. 99 c.p. e dell'art 62 *bis* c.p., comma 2, il quale si riferisce «ai casi previsti dall'art. 99 c.p., comma 4, in relazione ai delitti previsti dall'art. 407 c.p.p., comma 2 lett. a)». Tale norma in sostanza impedisce l'applicazione delle «attenuanti generiche» alla recidiva reiterata, stabilendo il c.d. «divieto di prevalenza»; la Cassazione sul punto afferma: «se la disciplina dettata dall'art. 99 c.p., comma 5, si riferisse non a tutte le figure di recidiva, ma solo a quella reiterata, l'articolato riferimento operato dall'art. 62 *bis* c.p., comma 2 non troverebbe giustificazione, in quanto sarebbe stato sufficiente il mero richiamo, appunto, all'art. 99 c.p., comma 5»¹¹. È un modo per utilizzare quell'argomento che Tarello chiama del «legislatore non

⁹ Il quale, come già visto, recita: «se si tratta di uno dei delitti indicati all'art. 407 c.p.p., comma 2, lett. a)».

¹⁰ Così Sezioni Unite, n. 20798 del 24/02/11 – dep. 24/05/2011, P.G. in proc. Indelicato. Il passaggio viene citato al punto 2.2 della parte su i «Motivi della decisione» dell'ordinanza in oggetto. Sul punto la Cassazione continua ricordando come tale decisione abbia in realtà posto fine alla valenza pratica della questione; infatti: «Ricollegandosi a un indirizzo già affermato dalla giurisprudenza di legittimità (Sez. I, n. 46875 del 12/11/2009 – dep. 09/12/2009, Moussaid e altri, Rv. 246254), la tesi autorevolmente sostenuta dalle Sezioni unite ha trovato conferma nella successiva giurisprudenza di legittimità, che ha sottolineato come l'art. 99 c.p., comma 5 non individui una nuova forma di recidiva ma una particolare qualificazione delle ipotesi di cui ai quattro precedenti commi, avendo l'unica funzione di superare la facoltatività che le connota (Sez. V, n. 48655 del 15/11/2012 – dep. 14/12/2012, Amato, Rv. 254560)».

¹¹ In definitiva questa seconda norma pone un automatismo diverso da quello posto dall'art. 99, quinto comma, c.p.: esso attiene comunque ad una forma di recidiva facoltativa che può non essere comminata ma,

ridondante», nel quale si afferma che tra le possibili letture di una disposizione, vada salvata quella che presume che essa non ripeta una norma già chiaramente deducibile altrove¹².

La Cassazione conclude questa parte del ragionamento richiamando la questione circa la rilevanza, per la recidiva, del vecchio o del nuovo delitto, ossia domandandosi se sia il reato pregresso o l'attuale a dover appartenere al novero indicato dall'art. 407 c.p.p., comma 2 lett. a), oppure se possa essere indifferentemente l'uno o l'altro. La risposta, ancora una volta tratta dal diritto vivente¹³, afferma che sia la natura del secondo delitto a rilevare per il sorgere dell'aggravante di cui si discute: «La tesi secondo cui la recidiva, semplice, reiterata o infraquinquennale, è obbligatoria, in forza della previsione dell'art. 99 c.p., comma 5, nel caso in cui il soggetto commetta un nuovo delitto incluso fra quelli indicati dall'art. 407 c.p.p., comma 2, lett. a), *non rilevando se il delitto per il quale vi è stata precedente condanna rientri o meno nell'elencazione di cui al menzionato art. 407*¹⁴ ... ha ricevuto conferma ad opera delle Sezioni unite di questa Corte»¹⁵. Anche in questo caso l'argomento, utilizzato dalle Sezioni unite e sposato dalla V Sezione, ha natura sistematica: infatti, proprio «l'interpretazione sistematica del quinto comma alla luce di quelli precedenti, che fondano la sussistenza della recidiva sulla commissione di un "nuovo" o di "altro" delitto (cfr. in particolare commi primo, secondo e quarto), *rende evidente che il legislatore ha voluto attribuire rilievo alla circostanza che il nuovo delitto sia ricompreso nell'elenco di cui all'art. 407 c.p.p., comma 2, lett. a).* D'altronde, la circostanza che solo nel caso della recidiva specifica il legislatore abbia espressamente attribuito rilievo anche alla omogeneità

nel caso lo sia, deve prevalere sulle attenuanti; la norma cui all'art. 99 c.p. invece pone un automatismo più severo che impone comunque l'applicazione della recidiva. Anche l'automatismo di cui all'art. 69 bis c.p. ha però destato perplessità tanto da evocare due pronunce di accoglimento della Consulta su alcuni dei casi da esso previsti, ossia le sentenze n. 251 del 2012 (in tema di art. 73, co 5 D.P.R. n. 309 del 1990), n. 105 del 2014 (in tema di ricettazione di particolare tenuità *ex art. 648, co, 2, c.p.*) e n. 106 del 2014 (in tema di violenza sessuale di minore gravità *ex art. 648, co 2, c.p.*). Sul punto si rinvia, per tutti, a G. CIVELLO, *Recidiva reiterata e limiti del bilanciamento ex art. 69 c.p.: due nuove conquiste nella battaglia contro il "divieto di prevalenza"*, in *Archivio penale 2014, n. 2*, diffusamente.

¹² G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 371: «l'argomento economico (o "ipotesi del legislatore non ridondante") è quello per cui si esclude l'attribuzione a un enunciato normativo di un significato che già viene attribuito ad altro enunciato normativo, preesistente al primo o gerarchicamente superiore al primo o più generale del primo; e ciò perché se quell'attribuzione di significato non venisse esclusa, ci si troverebbe di fronte a un enunciato normativo superfluo. La persuasività di questo argomento si fonda sulla credenza che il legislatore (comunque inteso) segua criteri di economicità e non sia ripetitivo: cioè che non produca – attraverso l'enunciazione di enunciati nuovi, o più particolari, o subordinati – la stessa norma che era già valida ed efficace».

¹³ Sul tema è d'obbligo il rinvio a A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente: genesi, uso, implicazioni*, Milano, 1994.

¹⁴ Punto 2.3 della parte su i «Motivi della decisione», dove la Cassazione richiama: Sez. I, n. 46875 del 12/11/2009 – dep. 09/12/2009, Moussaid e altri, Rv. 246254; conforme, *ex plurimis*, Sez. I, n. 36218 del 23/09/2010 – dep. 11/10/2010, Pisanello e altri, Rv. 248289 (corsivi nostri).

¹⁵ Ancora punto 2.3, dove si fa riferimento alla già citata sentenza Sezioni Unite, n. 20798 del 24/02/2011 – dep. 24/05/2011, P.G. in proc. Indelicato (corsivi nostri).

tra il reato oggetto della previa condanna e quello successivamente posto in essere è ulteriormente indicativa del fatto che, nelle altre ipotesi, tale profilo è irrilevante. Tale lettura è confortata, inoltre, dal rinvio contenuto nell'art. 99 c.p., comma 5, ai "casi indicati al secondo comma", contenente a sua volta l'espresso riferimento alla commissione di un "nuovo delitto non colposo" (cfr. nn. 1, 2, 3 dell'art. 99 c.p., comma 2)».

2.2 I motivi circa la non manifesta infondatezza: il fondamento della recidiva tra ricostruzioni formali e sostanziali

La questione viene ritenuta non manifestamente infondata in relazione ai parametri *ex artt.* 3 e 27, comma 2, della Costituzione.

Per ciò che attiene al primo parametro invocato, la censura si muove sotto «il duplice profilo della manifesta irragionevolezza della norma censurata e dell'identità di trattamento di situazioni diverse cui dà luogo»; l'art. 3 Cost. viene, dunque, invocato sia nel suo nucleo di senso primario¹⁶ sia nel suo senso "allargato" in quanto principio di ragionevolezza¹⁷.

Il ragionamento verte essenzialmente sulla critica dell'automatismo stabilito dalla norma oggetto; automatismo che nega l'evoluzione dell'istituto della recidiva conosciuta dal sistema giuridico (sul piano sia della giurisprudenza costituzionale sia di quella di legittimità) e che tende alla punizione (*rectius* al contenimento) di alcune caratteristiche puramente soggettive del reo, ossia la sua maggiore colpevolezza e tendenza a delinquere. *L'accertamento di tale condizione soggettiva non può, però, prescindere dalla natura "circostanziale" della recidiva ossia dal suo legame con il concreto e attuale fatto reato e con il giudizio che da esso debba essere tratto, nel momento presente, sull'autore di tale crimine.*

Il punto di partenza del ragionamento (che, in certo modo, origina tanto le censure di manifesta irragionevolezza tanto quelle di ingiustificata discriminazione) è che il fondamento della

¹⁶ Su di esso v. A. CERRI, *Uguaglianza (principio costituzionale di)*, in *Enc. giuridica*, Roma, 2005, 3 ss. ed ivi il rinvio a ID., *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1976, 59 ss. e 72 ss.; A. CELOTTO, *Art. 3 comma 1*, in R. BIFULCO-A. CELOTTO-M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 73; F. SORRENTINO, *Eguaglianza*, Torino, 2011; G. P. DOLSO, *Art. 3*, in S. BARTOLE-R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 27 s. ed ivi il rinvio a A. MOSCARINI, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in R. NANIA-P. RIDOLA, *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, 163; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2011, 194 ss.

¹⁷ Sull'utilizzo del canone (o principio) di ragionevolezza, la dottrina è talmente ampia da non poter essere qui neanche riassunta: cfr., ad es., C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, III, Padova, 1974, 1573 ss.; AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta nei giorni 13 e 14 ottobre 1992, Milano, 1994; A. CERRI, *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giuridica*, Roma, 1994; ID., *Ragionevolezza delle leggi*, *ivi*, 2005; A. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Torino, 1996; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, II ed., Napoli, 2010, con appendice di F. Modugno e A. Longo.

recidiva obbligatoria non sia dissimile da quello della recidiva facoltativa e che tale fondamento vada indagato, nella sua evoluzione sistematica, per comprendere la compatibilità dell'istituto di cui si discorre con la Costituzione.

L'evoluzione di tale fondamento (soprattutto in relazione alla recidiva reiterata) ha conosciuto un dissidio all'interno della giurisprudenza di legittimità divisa tra coloro che proponevano una sorta di versione formale della stessa (che ne degradava l'effettiva facoltatività)¹⁸ e coloro che sostenevano una visione sostanziale (che valorizzava la valutazione giudiziale e la natura circostanziale dell'istituto)¹⁹. La prima ricostruzione definiva una sorta di *status negativo* del reo, attribuitogli *automaticamente* in forza della commissione di un precedente delitto non colposo; la seconda si imperniava sulla *significatività del secondo episodio delittuoso*, onde valutare se esso, in virtù delle proprie circostanze, potesse giustificare l'applicazione dell'aggravante. A far propendere l'ago della bilancia per questa seconda ricostruzione è stato proprio l'intervento del giudice delle leggi.

Sul punto la Cassazione richiama il percorso svolto in "parallelo" dalla giurisprudenza costituzionale e da quella di legittimità che appunto si impernia sulla valorizzazione dell'indagine su «l'accentuata colpevolezza» e «la maggiore pericolosità» che debba evincersi dalla reiterazione del comportamento criminoso al fine di applicare la recidiva. La Corte costituzionale, nell'ordinanza n. 409 del 2007, ha avuto modo di affermare che l'aggravante *de qua* possa essere disposta «solo allorché il nuovo episodio delittuoso appaia concretamente significativo, in rapporto alla natura ed al tempo di commissione dei precedenti, sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo»²⁰ (corsivi nostri). L'applicazione della recidiva deve dunque essere frutto di *un giudizio sulle qualità personali del reo, qualità che si evincono anche dagli elementi circostanziali del reato*.

Su tale linea si è posta la giurisprudenza di legittimità, specialmente con la già citata decisione delle Sezioni unite, n. 20798/2011, secondo la quale «il giudizio sulla recidiva non riguarda l'astratta pericolosità del soggetto o un suo status personale svincolato dal fatto reato» bensì una «valutazione della gravità dell'illecito commisurato alla maggiore attitudine a delinquere manifestata dal soggetto agente, idonea ad incidere sulla risposta punitiva – sia in termini retributivi che in termini di prevenzione speciale – quale aspetto della colpevolezza e della capacità

¹⁸ Cfr., in tal senso, Cass., Sez. IV, n. 15232 del 22/02/2008, dep. 11/04/2008, Fahir, Rv. 240209; Sez. VI, n. 18302 del 27/02/2007, dep. 11/05/2007, Ben Hadhria, Rv. 236426; e, con riferimento al previgente testo dell'art. 99, così come sostituito dall'art. 9 d.l. 11 aprile 1974, n. 99, conv. in legge 7 giugno 1974, n. 220, Sez. I, n. 24023 del 06/05/2003, dep. 30/5/2003, Andreucci, Rv. 225233; Sez. III, n. 6224 del 20/05/1993, dep. 25/06/1993, Lunghetto, Rv. 195127.

¹⁹ V. Cass., Sez. V, n. 13658 del 30/01/2009, dep. 27/3/2009, Maggiani, Rv. 243600; Sez. III, n. 45065 del 25/09/2008, dep. 04/12/2008, Pellegrino, Rv. 241779/241780; Sez. VI, n. 34702 del 16/07/2008, dep. 05/09/2008, Ambesi, Rv. 240706; Sez. I, n. 17313 del 15/04/2008, dep. 24/04/2008, Giglio, Rv. 239620; Sez. II, n. 46243 del 05/12/2007, dep. 11/12/2007, Cavazza, Rv. 238520/238521; Sez. IV, n. 16750 del 11/04/2007, dep. 03/05/2007, Serra, Rv. 236412.

²⁰ Tale orientamento era stato anticipato nella sentenza n. 192 del 2007 e confermato nelle successive ordinanze nn. 33 del 2008, 90 del 2008, 193 del 2008.

di realizzazione di nuovi reati»; questo giudizio può venir formulato «*soltanto nell'ambito di una relazione qualificata tra i precedenti del reo e il nuovo illecito da questo commesso*, che deve essere concretamente significativo – in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei precedenti, e avuto riguardo ai parametri indicati dall'art. 133 cod. pen. – sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo» (corsivi nostri).

Nell'idea delle Sezioni unite, sposata qui dalla V Sezione, l'applicazione della recidiva non può essere distinta dalle proprie finalità che attengono alla relazione di senso tra la commissione del reato e la risposta punitiva; il rispetto del legame teleologico tra l'applicazione dell'aggravante e le finalità che essa persegue non può prescindere, allora, da una valutazione che si muova su elementi soggettivi (e.g. l'attitudine a delinquere) e oggettivi, vale a dire su quegli elementi circostanziali che connotano non solo la commissione del nuovo reato ma anche le relazioni tra quest'ultimo e quello precedentemente commesso; proprio in questo senso le Sezioni unite parlano di una necessaria «relazione qualificata tra i precedenti del reo e il nuovo illecito da questo commesso».

È forte nella motivazione della sentenza *la ripulsa di qualsiasi forma di astrattismo aprioristico* nell'attribuire un valore alla recidiva facoltativa: il nuovo episodio deve essere «*concretamente significativo*», deve essere cioè *valutato* alla luce degli elementi *circostanziali soggettivi ed oggettivi* di cui sopra. In altra decisione le Sezioni unite avevano affermato che compito del giudice è quello di «*verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità, tenendo conto ... della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del livello di omogeneità esistente fra loro, dell'eventuale occasionalità della ricaduta e di ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali*»²¹. Ad avviso della V Sezione, proprio la verifica da parte del giudice di tali elementi *sostanziali* assicurano che «*nel caso concreto la recidiva sia coerente con il suo fondamento, ossia, con la riconoscibilità, nella ricaduta del delitto, di una più accentuata colpevolezza e di una maggiore pericolosità sociale*»²². Solo questa concreta valutazione assicura che possa essere garantito un principio irrinunciabile del sistema penale in uno Stato costituzionale: vale a dire l'esistenza di un legame di senso non solo tra la pena e il reato ma, soprattutto, *tra la pena e l'uomo che quel reato ha commesso*.

In questa contrapposizione *tra astratto e concreto, tra una concezione oggettiva della recidiva ed una fortemente circostanziale, tra l'automatismo legislativo e la valutazione giudiziaria* vi è il nucleo di senso da cui la Cassazione muove per motivare le proprie censure di costituzionalità nei confronti della recidiva obbligatoria.

Come ha avuto modo di sottolineare la Corte costituzionale nella sentenza n. 183 del 2011, l'applicazione della recidiva *ex* quinto comma dell'art 99 c.p. «preclude al giudice l'accertamento

²¹ Sezioni Unite, n. 35738 del 27/05/2010 – dep. 05/10/2010, P.G., Calibè e altro.

²² Punto 3.2 della parte su i «Motivi della decisione».

della concreta significatività del nuovo episodio delittuoso ... sotto il profilo della colpevolezza e della più accentuata colpevolezza e della maggior pericolosità del reo»²³.

Dopo aver riportato l'orientamento della Consulta, la Cassazione individua il *presupposto* della questione (*rectius* delle questioni) di costituzionalità che si risolve nella *identità* delle due *rationes legis* quella della recidiva facoltativa e quella della recidiva obbligatoria: «Attesa, evidentemente, l'identità del fondamento della recidiva facoltativa e di quella obbligatoria, l'oggetto di detta presunzione coincide con le condizioni "sostanziali" per l'applicazione della circostanza aggravante».

Tale *presupposto dà vita, in primo luogo, ad un dubbio sulla ragionevolezza intrinseca dell'automatismo posto dalla norma e della presunzione assoluta sul quale esso si basa*: «lo scrutinio di legittimità costituzionale della norma censurata rinvia, in prima battuta, alla valutazione della ragionevolezza della presunzione assoluta di più accentuata colpevolezza e di maggiore pericolosità del reo delineata dal legislatore con riferimento ai delitti espressivi ricompresi nel "catalogo" di cui all'art. 407 c.p.p. comma 2, lett. a): si tratta, in altri termini, di valutare se i criteri in forza dei quali il giudice, nei casi di cui ai primi quattro commi dell'art. 99 cod.pen., accerta se in concreto la reiterazione del delitto sia espressione di più accentuata colpevolezza e di maggiore pericolosità possano legittimamente formare oggetto di una presunzione assoluta costruita normativamente esclusivamente sull'individuazione di determinati reati espressivi».

Per sciogliere questo nodo la Cassazione richiama l'orientamento della Consulta in forza del quale le presunzioni assolute si fondano essenzialmente su delle *generalizzazioni* (*l'id quod plerumque accidit*); pertanto tali generalizzazioni (soprattutto quando limitative dei diritti fondamentali) devono essere considerate irragionevoli ogni volta sia «agevole» *darne confutazione controfattuale* ossia «formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione stessa»²⁴. A questo punto la V Sezione pone il legame tra il principio affermato dalla Consulta e l'irragionevolezza della norma impugnata richiamando, ancora una volta, la sentenza delle Sezioni unite, secondo la quale «l'agevole possibilità di ipotizzare casi in cui, a fronte della commissione, da parte di un soggetto già condannato per un delitto non colposo, di un nuovo delitto richiamato dall'art. 99 c.p., comma 5, la reiterazione del delitto non sia espressione di più accentuata colpevolezza e di maggiore pericolosità del reo, si ricollega alla preclusione della verifica della "relazione qualificata tra i precedenti del reo e il nuovo illecito da questo commesso». In sostanza la prova controfattuale richiesta dalla Consulta (per confutare una generalizzazione e pertanto rendere illegittima una presunzione assoluta) riposa, nel caso di specie, nella impossibilità di ricondurre un'accentuata colpevolezza ed una maggior pericolosità del reo, semplicemente alla commissione di un secondo reato incluso nel catalogo ex art. 407 c.p.p., comma 2 lett. a): «*Il riferimento ad un determinato reato espressivo (ovvero a una categoria o a un "elenco" di reati espressivi) è in radice inidoneo a fornire alla presunzione in cui si sostanzia la norma censurata dati di esperienza generalizzati in ordine alla sintomaticità del nuovo episodio delittuoso*

²³ Corte cost., sent. n. 183 del 2011, n. 4 del *Considerato in diritto*, che richiama la sent. n. 192/2007.

²⁴ Corte cost. sent. n. 139 del 2010, punto 4 del *Considerato in diritto*.

sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo (Corte cost., sentenza n. 183 del 2011), sintomaticità il cui accertamento, come si è visto, richiede la verifica in concreto di una serie di elementi ... insuscettibili di trovare effettiva espressione nella mera indicazione del titolo del nuovo delitto commesso e, dunque, di formare oggetto della presunzione assoluta di cui alla norma censurata» (corsivi nostri)²⁵.

Interessante poi come il giudice di legittimità sottolinei che la *ratio* alla base dell'elencazione di cui all'art. 407 c.p.p. comma 2 lett. a), non collimi con la *ratio* della *recidiva*, quale evidenziata dal diritto vivente. Infatti, la suddetta norma, contiene un'enunciazione di reati «ritenuti dal legislatore di particolare gravità e allarme sociale» ebbene *una simile «valutazione di gravità e allarme sociale di determinati reati effettuata in relazione ad istituti processuali (quali la durata delle indagini preliminari ovvero la sospensione dei termini di durata massima della custodia cautelare) è priva di correlazione con l'accertamento della sussistenza, nel caso concreto, delle condizioni applicative della recidiva. Più in generale, né la gravità del nuovo delitto ... né l'allarme sociale ad esso associabile ... sono in alcun modo indicativi di una relazione qualificata tra i precedenti del reo e il nuovo delitto idonea ad offrire un congruo fondamento giustificativo al giudizio di più accentuata colpevolezza e di maggiore pericolosità in cui si sostanzia (deve sostanzarsi) l'applicazione della recidiva»*²⁶.

La norma impugnata in definitiva, snatura il fondamento che il diritto vivente riconosce in generale all'istituto della *recidiva* (e che dovrebbe accomunare tutte le ipotesi possibili) cancellando *il rapporto di significatività tra vecchio e nuovo reato* e imponendo un «duplice automatismo punitivo indiscriminato – dunque foriero di possibili disequaglianze – nell'*an* e nel *quantum*»²⁷.

La prospettazione della questione di irragionevolezza si conclude con un argomento, per così dire “cautelativo” La Consulta, infatti, nella decisione n. 5 del 1977, aveva già respinto una questione per certi versi assimilabile²⁸; tuttavia la Cassazione motiva il diverso esito cui auspica giungersi in forza di un ragionamento articolato secondo due direttrici: la prima incarna una forma di anacronismo legislativo sistematico (facendo leva sulla modifica del sistema giuridico così come

²⁵ Punto 3.3 della parte su i «Motivi della decisione». La Cassazione più avanti aggiunge: «Esemplare, in questo senso, è la fattispecie concreta oggetto del presente giudizio: pur erroneamente obliterando la disciplina di cui all'art. 99 c.p., comma 5, applicabile al caso di specie, il giudice di primo grado aveva escluso, valutando in reciproca correlazione il delitto fondante (una rissa) e i delitti per i quali si procede, la sussistenza delle condizioni "sostanziali" dell'applicazione della recidiva, applicazione, invece, imposta dalla norma censurata».

²⁶ Ancora punto 3.3, corsivi nostri.

²⁷ Sezioni Unite, n. 35738 del 27/05/2010 – dep. 05/10/2010, P.G., Calibè e altro.

²⁸ Con tale decisione venne, infatti, dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 296 del D.P.R. n. 43 del 1973 (recante disposizioni legislative in materia doganale) sollevata in riferimento all'art. 3 Cost., invocando, quale *tertium comparationis*, il regime di discrezionalità della *recidiva* introdotto dal citato D.L. n. 99 del 1974.

si è evoluto in forza, principalmente del diritto vivente)²⁹, la seconda attiene alla specificità dell'odierna questione (rispetto alla pregressa) la quale fa, specificamente, leva sul problema dell'intrinseca irragionevolezza (e non, unicamente, su una questione di eguaglianza)³⁰.

Come detto, la Cassazione invoca anche la lesione dell'art. 3 Cost. sotto il profilo della stretta eguaglianza e dell'art. 27 comma terzo. I due argomenti appaiono assai meno sviluppati e assumono un tono decisamente *ad adiuvandum*, considerando che, soprattutto il primo dei due viene ancora sviluppato in relazione alla censura di irragionevolezza, avendo riguardo al fatto che l'automatismo preclude al giudice la possibilità di valutare la significatività del nuovo episodio delittuoso: «ad identica riconducibilità del nuovo delitto nel "catalogo" di cui all'art. 407 c.p.p. comma 2, lett. a), ben possono corrispondere situazioni connotate, dal punto di vista delle condizioni "sostanziali" di applicazione della circostanza, da profonda diversità, avuto riguardo, ad esempio, al tipo di devianza di cui i reati sono sintomatici o all'eventuale occasionalità della ricaduta (per riprendere solo alcuni tra i criteri applicativi individuati dalla più volte citata Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010 - dep. 05/10/2010, P.G., Calibè). Precludendo l'accertamento della concreta significatività del nuovo episodio delittuoso sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo, la norma censurata da luogo ad un'illegittima identità di trattamento di situazioni diverse». In definitiva, pare che nell'argomentazione del giudice di legittimità, il profilo dell'irragionevolezza assuma un carattere pervasivo, ridondando anche nel profilo di diseguaglianza e creando un ponte tra sindacato intrinseco (di irragionevolezza) ed estrinseco (di eguaglianza)³¹.

²⁹ Nel punto 3.4 leggiamo: «Per un verso, va osservato che all'epoca della pronuncia (di poco successiva alla riforma del 1974) era ben lungi dall'essersi consolidata la ricostruzione della fisionomia della recidiva cui [...] ha contribuito in modo decisivo l'evoluzione della giurisprudenza avviata dalla sentenza n. 192 del 2007 della Corte costituzionale, un'evoluzione scandita, negli ultimi anni, da vari interventi delle Sezioni unite di questa Corte (il che conferma il recente processo di consolidamento, a fronte di precedenti oscillazioni giurisprudenziali): ora, è proprio sulla fisionomia della recidiva delineata oggi dal diritto vivente che la qui prospettata questione di legittimità costituzionale fa leva, censurando la presunzione assoluta di cui all'art. 99 c.p., comma 5, che prevede l'obbligatoria applicazione della recidiva indipendentemente dall'accertamento in concreto e sulla base dei criteri individuati dalla giurisprudenza della sussistenza delle condizioni "sostanziali" per l'applicazione della circostanza aggravante».

³⁰ Ancora al punto 3.4: «Per altro verso, deve rimarcarsi come la questione decisa dalla sentenza n. 5 del 1977 fosse articolata esclusivamente sotto il profilo della disparità di trattamento in relazione al regime di facoltatività/obbligatorietà della recidiva, rispettivamente, nella disciplina codicistica e in quella *ex art. 296 cit.*: del tutto estraneo al *thema decidendum* allora affrontato dal Giudice delle leggi era il problema della "tenuta", in termini di irragionevolezza, della presunzione assoluta individuata, invece, nella norma oggi censurata. Al di là della profonda diversità strutturale, rispetto all'art. 99 c.p., comma 5, del D.P.R. n. 43 del 1973, art. 296 (disciplinante una figura di recidiva non solo specifica, ma anche relativa al reato di contrabbando, caratterizzato, secondo la sentenza n. 5 del 1977, da "peculiarissime caratteristiche collegate con la lesione di primari interessi finanziari dello Stato"), la fisionomia attribuita dal diritto vivente alla recidiva, in uno con i termini della questione qui sollevata, esclude che il precedente indicato possa essere di ostacolo alla declaratoria di illegittimità costituzionale prospettata dalla presente ordinanza».

³¹ Cfr., per tutti, F. MODUGNO, *La irragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, 12: «il controllo sull'uguaglianza-disparità di trattamento implica pur sempre un confronto tra discriminazioni

Anche il principio rieducativo viene invocato come estrema propaggine dei precedenti argomenti: «L'irragionevolezza della disciplina della recidiva obbligatoria e l'ingiustificata identità di trattamento ora prospettata danno corpo alla censura relativa all'art. 27 Cost., comma 3, al quale la giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 251 del 2012) - talora in combinazione con l'art. 3 Cost., (sentenza n. 68 del 2012) - riconduce il principio di proporzionalità della pena, sul rilievo che una pena palesemente sproporzionata - e, dunque, inevitabilmente avvertita come ingiusta dal condannato - vanifica, già a livello di comminatoria legislativa astratta, la finalità rieducativa (sentenze n. 341 del 1994 e n. 343 del 1993): esito, questo, parimenti riconducibile alla preclusione dell'accertamento giurisdizionale della sussistenza, nel caso concreto, della condizioni "sostanziali" legittimanti l'applicazione della recidiva».

3. Minime conclusioni interlocutorie: dubbi e aspettative

La questione in oggetto si inserisce in un ampio filone della giurisprudenza costituzionale in materia di automatismi legislativi³², i quali si presentano particolarmente problematici nell'ambito del diritto penale. Caratteristica degli automatismi, infatti, è la sottrazione al giudice del potere di apprezzamento discrezionale: al ricorrere della ipotesi tipizzata dalla norma, deve necessariamente seguire l'applicazione della conseguenza dalla stessa prevista. Tuttavia, nel diritto penale, il ruolo del giudice nella valutazione del fatto assume un rilievo peculiare rispetto agli altri settori dell'ordinamento: egli, infatti, è chiamato ad adeguare la risposta punitiva dello Stato all'effettivo disvalore dell'illecito commesso, al punto che le pene non sono determinate in misura fissa ma in una forbice compresa tra un minimo ed un massimo edittale. Tale caratteristica trova fondamento in principi di rango costituzionale: la proporzionalità della pena rispetto al fatto commesso e, in fondo, la stessa funzione rieducativa della sanzione penale, che risulterebbe sostanzialmente frustrata di fronte a pene eccessive alla luce del disvalore del comportamento dell'agente.

Per riprendere il ragionamento della Consulta, argomentando *a contrario*, dovrebbe ritenersi che gli automatismi legislativi, quando comportino un aggravamento della situazione del reo, siano legittimi solo quando la regola di esperienza sia tale da non ammettere eccezioni (ovvero ammetta eccezioni solo in casi difficilmente immaginabili). In tutti gli altri casi «all'irragionevole automatismo legale occorre dunque sostituire – quale soluzione costituzionalmente più congrua – una valutazione concreta del giudice».

Si potrebbe quasi sostenere che vi sia, nella generalità dei casi, una *indebita interferenza funzionale* (per utilizzare, speriamo in maniera non troppo impropria una categoria cara a

giuridicamente rilevanti sulla base dello schema del *tertium comparationis*, mentre il controllo di ragionevolezza *stricto sensu* è rivolto a rilevare le *oggettive irrazionalità delle leggi*, indipendentemente da privilegi soggettivi e quindi a prescindere da schemi di giudizio trilaterale, implicando invece verifiche di coerenza, di congruità o di proporzionalità di scelte legislative rispetto alle fattispecie disciplinate».

³² Su cui v. G. ZAGREBELSKY- V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., 209 ss. Sul punto si rinvia al recente lavoro di L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in www.gruppodipisa.it.

Temistocle Martines)³³ del legislatore nell'ambito di competenza dell'autorità giudiziaria, l'unica, per posizione istituzionale, a poter svolgere fino in fondo quello che è il compito ultimo dell'interpretazione: l'adeguamento della norma al caso concreto³⁴.

Per tracciare una minima conclusione sull'ordinanza in oggetto (conclusione che, ovviamente, ha natura necessariamente interlocutoria), non si può che auspicare l'accoglimento della questione da parte della Consulta. I profili di irragionevolezza sollevati dalla V Sezione sono certamente pervasivi, tuttavia, in chi scrive, permane un minimo dubbio. Se, infatti, le censure mosse sono intrinsecamente fondate, lascia qualche perplessità il presupposto argomentativo da cui muove la Cassazione, vale a dire *l'estensione della ratio della recidiva facoltativa a quella obbligatoria*. Cerco di spiegarmi meglio: un conto è affermare che la recidiva, se facoltativa, debba esserlo a pieno e debba perciò muovere da una valutazione circostanziata del fatto; un conto è affermare che tale fondamento debba estendersi anche alla recidiva obbligatoria, ossia sostenere che il sistema costituzionale, allo stato, non consenta al legislatore di porre ipotesi di applicazione obbligatoria di tale aggravante.

La recidiva in sé possiede una natura certamente complessa: essa assolve tanto a funzioni special-preventive tanto a funzioni general-preventive. È possibile affermare che il legislatore,

³³ Si utilizza tale espressione, ovviamente, in senso parzialmente diverso rispetto all'illustre Autore: nel testo abbiamo usato questa espressione per descrivere una patologia del sistema mentre Martines ne parlava come elemento fisiologico della nostra forma di governo parlamentare; infatti – riferendosi al principio della separazione dei poteri – notava come esso dovesse essere inteso *in senso solamente tendenziale*, e non di corrispondenza biunivoca tra organo dello Stato e singola funzione ad esso attribuita: «Il principio [della separazione dei poteri], così inteso, è accolto nella nostra Costituzione la quale si limita ad indicare quali sono gli organi ai quali viene attribuito l'esercizio delle funzioni, secondo un criterio di prevalenza (al Parlamento la funzione legislativa, al Governo e agli organi ad esso collegati la funzione amministrativa, ai magistrati ordinari la funzione giurisdizionale); ma, al tempo stesso, *non esclude (anzi, espressamente prevede) che la stessa funzione possa essere esercitata da organi diversi da quelli cui essa è stata istituzionalmente attribuita (c.d. interferenze funzionali)*» (corsivi nostri); così T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XII ed. interamente riveduta da G. Silvestri, Milano, 2010, 167 ss.

³⁴ Cfr. G. ZAGREBELSKY-V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 67 ss., secondo cui: «L'interpretazione giuridica è (...) stretta tra due poli: il caso da regolare e la norma regolatrice. Il caso non può comprendersi giuridicamente se non in riferimento alla norma e questa non ha significato se non in riferimento a quello, poiché il caso deve orientarsi alla norma, e la norma deve orientarsi al caso. L'interpretazione è l'attività che mira a congiungere l'uno all'altra, fino a farli “combaciare” in un risultato appagante su entrambi i lati. Essa non è al servizio esclusivo né dell'uno, né dell'altro, ma – semmai – e dell'uno e dell'altro, manifestando così su ciascuno dei due lati una certa autonomia che le deriva dal legame che unisce l'uno all'altro. Solo nell'interpretazione scientifica, quella che si compie a tavolino dagli studiosi, l'attività interpretativa procede all'inverso, prendendo innanzitutto in considerazione il diritto. Ciò modifica l'ordine di priorità dei fattori della comprensione giuridica, ma non i caratteri formativi dell'interpretazione stessa: il caso alla cui regolazione la norma è destinata non sarà un caso storico concreto – come nell'interpretazione giudiziaria – ma la sua concettualizzazione ipotetica operata dall'interprete (...) La sua domanda, cosciente o non cosciente, è sempre questa: che cosa ci dice il diritto se accade questo o quello? Non si può guardare alla norma se non ipotizzando fattispecie concrete cui applicarla» (ivi, 77). In sintesi: «L'interpretazione giudiziaria può allora essere definita la ricerca della norma regolatrice adeguata sia al caso che al diritto» (ivi, 79).

nell'esercizio della propria discrezionalità, non possa porre norme nelle quali tale seconda funzione sia giudicata prevalente e, dunque, applicata tramite un automatismo? La Corte costituzionale dovrà bilanciare tale discrezionalità con i principi di colpevolezza, di offensività del reato e di proporzionalità della pena. Come detto, personalmente spero che tale bilanciamento conduca ad un accoglimento della questione; tuttavia mi rendo conto che il ragionamento del giudice di legittimità non sia completamente inattaccabile.